Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv

für die

civiliſtiſche Praxis.

Acht und zwanzigſter Band. Erſtes Heft.

I.

Ueber die Regel: contumax non appellat.

Von

Herrn Dr. T. Brackenhoeft,

Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1.

Die Regel: contumax non appellat [1]) nimmt eine andere Bedeutung an, wenn die Folge der contumacia unbedingt das Unterliegen des contumax iſt, und eine andere, wenn ſie darin beſteht, daß nach der Sach- oder Actenlage entſchieden wird; das Unterliegen des contumax alſo

1) Papin. lib. 1. respons. L. 23. §. 3. D. de app. 49. 1. Anton. (Caracalla) a. 214. L. 1. C. quor. appell. non recip. 7. 65. Nov. 82. c. 5. Vgl. Ulpian. lib. 4. de omn. trib. L. 73. §. 3. D. de judiciis 5. 1. — c. 6. C 24. Q. 3. — Gewöhnlich ſtellt man dieſen Satz nur ſchlechthin ſo auf: man könne gegen Contumacialerkenntniſſe nicht appelliren, wenn man wirklich contumax ſey. Vgl. z. B. Lauterbach coll. XLIX. 1. §. 20. Hefftter Syſtem d. röm. u. deutſchen Civilprozeßrechts §. 442. S. 531. Einen beharrlichen Ungehorſam fordert dabei Danz Grundſ. d. ordentl. Proz §. 426. S. 624.

nicht directe Folge seiner **contumacia** ist. — Im erstern Falle versteht sie sich der Natur der Sache nach schon von selber, weil gar die Frage nicht aufgeworfen werden kann, ob die Sentenz **iniqua** sey oder nicht. Im zweiten Falle läßt sie sich aber aus innerer Nothwendigkeit nur begründen, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß der Ungehorsame den Anspruch auf eine gerechte Beurtheilung verloren habe; bei welcher Voraussetzung es denn freilich auffallen muß, weshalb man nicht allgemein mit dem Ungehorsam die Folge des Prozeßverlustes verknüpft hat. Daß indeß die Entschuldigungsgründe, welche überhaupt die Folgen der **contumacia** abwenden, auch hier nicht ohne Einfluß seyn können, darf an sich nicht in Zweifel gezogen werden. Es frägt sich aber, ob und in wie fern sie schlechthin eine Rescission des **in contumaciam** erfolgten Ausspruchs begründen, oder jene Regel dahin modificiren, daß sie den Weg zur Appellation bahnen, oder ob nicht etwa im zweiten Falle die Anwendung der Regel ganz ausgeschlossen, und auch in Ermangelung von Entschuldigungsgründen die Appellation zulässig sey. Läßt man die Unterscheidung zwischen jenen beiden Fällen einmal bei Seite gestellt, so handelt es sich demnach wesentlich um die beiden Fragen: 1) können jene Entschuldigungsgründe an und für sich allein eine Restitution gegen einen solchen Ausspruch begründen, ohne daß die Iniquität seines Inhalts nachgewiesen zu werden braucht? und 2) gibt es Fälle, wo auch in Ermangelung von Entschuldigungsgründen blos der Iniquität seines Inhalts wegen, Appellation dagegen ergriffen werden kann?

§. 2.

Im römischen Verfahren lassen sich zwei Hauptfälle des Ungehorsams in einer noch nicht entschiedenen Sache unterscheiden: das **non defendere**, und das **oremodicium contrahere** oder **litem deserere**. Das erstere kann seinem Begriffe nach nicht mehr eintreten, wenn durch Litiscontestation die Defensionspflicht erfüllt, und letzteres erst dann, wenn

durch denſelben Act ein lis begründet iſt. [2]). Das erſtere kann noch keinen Prozeßverluſt zur Folge haben, weil noch keine lis entſtanden iſt; letzteres erſcheint aber urſprünglich mit unbedingtem Prozeßverluſt bedroht. Denn wer im Legis-actionen-Prozeß nach vorhergegangener Litisconteſtation vor dem Judex nicht erſchien, verlor den Prozeß [3]), und eben daſſelbe iſt auch noch für den Formalprozeß als geltend zu betrachten, wenn der Beklagte nach dem **judicium acceptum** in dem erſten Termine vor dem Judex **ad judicium suscipiendum** ausbleibt, und auch nach dreimaliger Vorladung des Prätors dieſen Act nicht vornimmt [4]). Für dieſen letzteren Fall, wo ein **non defendere** und ein **litem deserere** zugleich vorliegt, ſcheint unſere Regel urſprünglich entſtanden zu ſeyn. Denn zur Zeit der Legis-Actionen konnte ſie nicht entſtehen, weil es keine Appellation gab; und eben ſo wenig kann ſie ſich auf den Fall beziehen, wenn nach dem **judicium susceptum** in Abweſenheit einer Perſon entſchieden wurde, weil in ſolchem Falle die Appellation unbedingt geſtattet

---

2) Vgl. L. 11. D judic. solvi 46. 7. L. 31. §. 2. D. de negot. gest. 3. 5. L. 54. § 1. D. de re jud. 42. 1. mit L. 7. §. ult. D. de minor. 4. 4. L. 13. pr. D judic. solvi 46. 7. L. 13. §. 3. 4. C. de judiciis 3. 1. Nov. 69. c. 3. pr. Heffter Inſtit. S. 305 Not. 16 Syſtem S. 404. §. 322. Not 247. Zimmern Proz (R. G. Bd. 3.) §. 136. Not. 11. Bethmann-Hollweg Handbuch des Civilproz. I. S. 286 Not. 32. m. Aufſatz in Sells Jahrbüchern für hiſtor. und dogm. Bearbeitung d. röm. Rechts Bd. II. H 2. §. 4. Not. 2. §. 8. nach Not. 1.

3) Gell. N. A. XVII. 2. Cicero in Verrem II. 2. c. 17.

4) Vgl. m. angef. Auff. in Sells Jahrb. §. 10 a. E. mit §§. 3. 5. 6. L. 53. pr. D. de re jud. 42. 1. L. 75 D. de judic. 5. 1. Dieſer zweifache Charakter des Ungehorſams des Beklagten hat ſeinen Grund darin, daß durch die Litisconteſtation in jure bereits eine lis entſtanden, das Erſcheinen in dem erſten Termine vor dem Judex aber noch zur Erfüllung der Defenſionspflicht gehört. Sell's Jahrb. a. a. O. §. 4.

wird. [5]) Seit Marc Aurel gibt es aber noch einen zweiten Fall, in dem ein non defendere und daneben in einem gewiſſen Sinne auch ein litem deserere vorliegt, indem dieſer Kaiſer es geſtattete, wider einen durch eine Denunciation des Klägers vorgeladenen Beklagten, im Falle des Ausbleibens deſſelben, die lis als conſtituirt zu betrachten [6]), wodurch denn die Möglichkeit gegeben war, eben ſo als wenn förmlich judicium accipirt worden wäre, Vorladungen des Prätors gegen ihn auszuwirken, und wenn die dreimalige Vorladung nicht den Erfolg hatte, daß der Beklagte zur Verhandlung erſchien, in ſeiner Abweſenheit die Sache zu verhandeln und zu entſcheiden. [7]) Hier ſoll aber nicht ſchlechthin der Beklagte verurtheilt, ſondern nach der Lage der Sache, wie ſie dem Prätor vorliegt, entſchieden werden. [8])

§. 3.

Es gibt nun einige Stellen, die eine Appellation des contumax ſchlechthin verwerfen, nemlich folgende:

Papinianus lib. 19 respons. L. 23. §. 3. D. de appellat. 49. 1. „Eum qui cognovit edictum peremptorium secundum ordinis causam dati, placuit non recte provocasse: cum in ejus potestate fuerit ante diem praestitutum pro tribunali respondentem, aut defensum, edicti denunciationem rumpere.“ — Vgl. Paul. R. S. V. 5 a. §. 7. Nov. 82. c. 5. . . . „nisi forte . . . per contumaciam defuerit. Talibus enim appellationum perimitur ratio.“

oder ſie doch als non recipienda erklären:

---

5) L. 50. §. 1. D. de legat. I. L. 4. C. de liberali causa 7. 16. L. 11. C. quom. et quando 7. 43. Sells Jahrb. a. a. O. §. 7. bei Not. 7. §. 8. Not. 1.

6) . . . „denunciandaeque litis, aperiendaeque (Zenger über das Vadimonium S. 93) — litis — ad diem commode jus introductum. Victor de Caesar in vita Marci c. 16.

7) Sells Jahrb. a. a. O. § 11.

8) L. 73. §. 1. D. de judiciis 5. 1.

Antoninus a. 214. L. 1. C. quor. appell. non recip. 7. 65. „Ejus qui per contumaciam absens ad agendam causam vocatus esset, condemnatus est, negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest.“

Eine andere dahingegen erklärt die Appellation für zulässig, wenn der Appellant Entschuldigungsgründe hat und daher nicht als ein contumax im strengen Sinne des römischen Rechts, nemlich nicht als ein solcher qui contemnit praetorem [9]), erscheint:

Ulpianus lib. 4. de omnib. tribun. L. 73. §. 3. D. de judiciis 5. 1. „Sciendum est ex peremptorio absentem condemnatum, si appellet, non esse audiendum. si modo per contumaciam defuit, *si minus, audietur.*“

Daß von demjenigen, der genügende Entschuldigungsgründe für sein Ausbleiben oder seine Unthätigkeit hat, die nachtheiligen Folgen der contumacia abgewendet werden müssen [10]), versteht sich von selber. Allein in dem zweiten jener Fälle sind solche Folgen nur dann für ihn entstanden, wenn die erfolgte Sentenz in Beziehung auf ihn eine iniqua ist. In jenem erstern Falle ist das Verhältniß in concreto zwar dasselbe, aber nach dem Principe, welches hier gilt, kann, wie bemerkt, es auf Iniquität überall nicht ankommen, weil von einer Beurtheilung des Falles die Rede gar nicht ist. In jenem zweiten Falle, wo die contumacia die gewöhnliche rechtliche Beurtheilung nicht ausschließt, können, wenn diese zu einem gerechten Urtheile geführt hat, die etwa vorhandenen Entschuldigungsgründe allein demnach eine Wiederaufhe-

9) Vgl. L. 11. §. 4. D. de interrog. in jure fac 11. 1. L. 53. D. de re jud. 42. 1.

10) Daß ein solcher in der That nicht contumax sey, oder rechtlich nicht als contumax gelte, kann man nicht sagen. Vgl. m. Erörter. zu Linde S. 518 ff.

bung dieſes Urtheils überall nicht motiviren, ſondern es muß auch gezeigt werden, daß **sententia iniqua** vorhanden iſt, was nur im Wege der Appellation geſchehen kann. In jenem erſtern Falle, wo die **contumacia** die Anwendung eines nachtheiligen Princips herbeigeführt hat, liegt darin ſchon, abgeſehen von aller Iniquität des Reſultats, eine nachtheilige Folge, die nur dadurch gehoben werden kann, daß die Sache in eine ſolche Lage verſetzt wird, welche die Anwendung jenes Princips ausſchließt. Hier bedarf es der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand, die ſich ebenfalls in den Geſetzen gegen die nachtheiligen Folgen des Ungehorſams geſtattet findet [11]); und wenn auch hier die erforderliche **laesio** des Nachweiſes bedürfen kann, daß das Urtheil in ſeinem Reſultate wider das Recht des Verurtheilten verſtößt, ſo kann hier doch von einer eine Appellation bedingenden Iniquität in der rechtlichen Beurtheilung nie die Rede ſeyn. — Dadurch rechtfertigt es ſich, Stellen, welche die Appellation ſchlechthin für unzuläſſig erklären [12]), auf den erſten, und diejenigen, welche ſie beim Vorhandenſeyn von Entſchuldigungsgründen zulaſſen [13]), auf den zweiten der oben unterſchiedenen Fälle zu beziehen.

§. 4.

In Anſehung der **L. 1. C. cit.** kann man jedoch zweifelhaft ſeyn, auf welchen von beiden ſie gehe. Das **negotio prius summatim persecutatio** ſcheint nemlich für den zweiten Fall zu reden; da die **cognitio** hier, wo nur der eine Theil, der denn hier immer der Kläger iſt, weil bei deſſen Ausbleiben nur die **instantia edicti** verloren geht [14]), gehört worden, immer nur auf den Grund ſeiner Angriffsmittel ge-

---

11) Vgl unten §. 6.

12) L. 23. §. 3. D. cit. Paul. R. S. l. c. Nov. 32. c. 5. cit.

13) L. 73. §. 3. D. cit.

14) L. 73. §. 1. D. de judiciis 5. 1.

ben konnte [15]), nur eine summaria war [16]). Dahingegen ſcheint das unbedingte: **appellatio recipi non potest**, auf den erſten Fall zu deuten. Allein die Stelle läßt eine andere Auslegung zu, nemlich dahin: wenn der Unterrichter nach angeſtellter ſummariſcher Cognition findet, daß der **in contumaciam** verurtheilte Appellant keine Entſchuldigungsgründe für ſich habe, ſo ſoll er die Appellation als eine **non recipienda** behandeln, d. h. ſeine **relatio** an den Appellationsrichter dahin erſtatten, daß es an den Vorausſetzungen für die Zuläſſigkeit einer Appellation mangele [17]). Denn das **negotio prius summatim perscrutato** kann der Faſſung der Stelle nach („**condemnatus est, negotio prius summatim perscrutato, appellatio recipi non potest**“) auf eine dem Urtheile nachfolgende Cognition bezogen werden, die denn nur jene Entſchuldigungsgründe betreffen könnte, und inſofern ſummariſch wäre, und es erſcheint keineswegs als zwecklos, wenn der, der während des Verfahrens vor ihm ſtattgefundenen thatſächlichen Lage der Partheien in Beziehung auf daſſelbe näher ſtehende, Unterrichter eine Unterſuchung über jene Umſtände anſtellt, und das dadurch gewonnene Reſultat dem Oberrichter mittheilt. Die Möglichkeit einer Appellation über-

---

15) Möglicherweiſe hätte der Kläger freilich auch ſelber Einreden des Beklagten dem Prätor mittheilen und dieſer dieſelben berückſichtigen können. Allein das kann man keine cognitio über Einreden nennen: zu deren Begriff es gehört daß der Beklagte ſie opponirt und für welche er ſelber den Stoff darbringen oder benutzen muß, wenn der Richter darüber als über ſeine Einreden cognosciren ſoll. Bringt der Kläger ſie vor, ſo können ſie nur als eine Modification ſeines eigenen Antrags gelten.

16) S. **Briegleb** Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos. Erlang 1843.

17) L 6. D. de appell. recip. de 49. 5. L. 1. D. nihil innov. app. int. 49. 5. L. 3. C. de appellat. 62. 1. L. 6. §. 9. D. de injusto rupto etc. 23. 3. **Hefftter** Inſtit. S. 466 ff. Syſtem S. 543 Not. 89.

haupt ist damit überall nicht ausgeschlossen und die Stelle wird daher richtiger auf den zweiten Fall bezogen [18]).

§. 5.

In Ansehung des Klägers, dessen Unthätigkeit früher, vom Legis-Actionen-Verfahren abgesehen, keinen andern directen Nachtheil für ihn hatte, als daß ihm die bereits erlangten Fortschritte des Verfahrens ganz oder theilweise verloren gingen [19]), hat Justinian für den Fall, daß er nach der ersten Ladung an den Beklagten und vor der förmlichen Litiscontestation ausbleibt [20]), auch gegen ihn die Vorladung durch Edicte gestattet [21]), und eben so für den Fall seines Ausbleibens nach der Litiscontestation [22]). Dadurch ist, abgesehen von den Fällen, wo definitive Absolution oder Absolution von der Instanz in Folge seiner contumacia dem Beklagten zu Theil werden kann *), letzterem unter ge-

18) Das Verfahren paßt dann ganz zu dem: „non esse audiendum (nemlich vom Oberrichter) si modo per contumaciam defuit, si minus, audietur"; in L. 73. §. 3. D. cit. Wenn man sagt: die Regel: contumax non appellat, passe nur auf den wahren contumax (Hefftter Instit. S. 466 Not. 67. Syst. S. 533 Not. 38], worunter man den versteht, der keine Entschuldigungsgründe hat, so ist das nur für eben denselben Fall richtig, nicht für den des eigentlichen eremodicium. Dieses nemlich fordert zu seinem Begriffe, daß die Folge der Unthätigkeit unbedingt Prozeßverlust ist. Vgl. m. angef. Aufs. in Sells Jahrb. §. 8 Note 3 und unten Not. 44. — Die Nov. 82. c. 5., welche die Regel: contumax non appellat, unbedingt als geltendes Recht aufstellt, wird man eben so verstehen müssen, wie L. 13. §. 4. C. judiciis 3. 1.

19) Vgl. m. angef. Aufs. in Sells Jahrb. §. 12. Not. 1. 2. 19.

20) Nov. 112. c. 3. §. 1.

21) Jedoch hat er nach dem Ablauf des letzten Termins noch 1 Jahr Frist, ehe der Beklagte auf einseitigen Antrag die Entscheidung erlangen kann. Hat er die Frist durch Erscheinen unterbrochen, und ist er dann wieder unthätig geblieben, so tritt unbedingt Prozeßverlust für ihn ein. Nov. 112. c. 3. §. 1.

22) Nov. 112. c. 3. pr.

*) Vgl. oben Not. 21. L. 13. §. 2. C. de judiciis 3. 1.

wiſſen Vorausſetzungen [23]) die Möglichkeit gewährt, auch in Abweſenheit des Klägers eine Entſcheidung nach der dem Richter gegebenen Sachlage zu erlangen [24]); und zwar mit der Wirkung, daß der Kläger von einer wiederholten Klageſtellung auf immer ausgeſchloſſen iſt [25]). Dieſes Contumacialverfahren iſt ſeiner Form nach das Marc-Aurelſche angewendet auf den Kläger. Dennoch ſpricht Juſtinian in Anſehung der Zuläſſigkeit der Appellation ſich dahin aus: **cum ei qui contumaciter abesse noscitur, nulla sit provocationis licentia, quod et in veteribus legibus esse statutum, manifestissimi juris est** [26]). Allein da man auch für das frühere Recht nicht behaupten kann, daß da, wo der contumacia ungeachtet die Entſcheidung auf rechtlicher Beurtheilung beruhen mußte, die Appellation ſchlechthin, auch beim Vorhandenſeyn von Entſchuldigungsgründen, ausgeſchloſſen geweſen ſey [27]), und Juſtinian hier nur die Anwendung des alten Rechts ausſpricht, ſo muß man auch hier die Zuläſſigkeit der Appellation behaupten, wenn der Appellant neben der Iniquität der Sentenz auch Entſchuldigungsgründe für ſeine Unthätigkeit für ſich hat.

§. 6.

Für den Fall, wo in contumaciam nach der Sachlage entſchieden wird, müſſen wir demnach beide im §. 1. aufgeſtellte Fragen verneinen. Die zweite vermöge der geſetzlichen Vorſchrift, in **L. 73. §. 3. D. de judiciis cit.** und der aus

---

23) Die L. 13. C. de judiciis cit. enthält andere als Nov. 112. c. 3. cit.

24) L. 13. §. 2. C. cit. Nov. 112. c. 3. §. 1. 2.

25) L. 13. §. 2. C. cit. . . . „nullo penitus ei regressu ad eandem litem conservando. Sed actor contumax cadat omnino de lite, si reus absolvatur“ ... Daß Juſtinian bei der Nov. 112 c. 3 dieſelbe Folge im Sinne hatte, ſcheint keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen.

26) L. 13. §4. c. cit. Vgl. oben Not. 18.

27) Vgl. oben Not. 9—13.

ihr zu interpretirenden **L. 13. §. 4. C.** und **Nov. 82. c. 5.** citt.; die erste, weil man eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht erlangen kann, so lange man noch auf dem gewöhnlichen Wege Abhülfe zu erlangen im Stande ist. Nur bei den Minderjährigen, den reipublicae causa absentes und denen, die ihnen gleichgeachtet werden, kann eine Ausnahme zugestanden werden [28]), wie sich aus Folgendem ergeben wird.

Bei der Frage: welche Bedeutung die Gesetze haben, die wegen contumacia eine Restitution gestatten, verdient zunächst die Regel hervorgehoben zu werden, daß der Minderjährige auch da Restitution verlangt, wo der Großjährige auf die Appellation beschränkt ist.

Ulpianus lib. sec. de officio procons. L. 42. D. de minorib. 4. 4. „Praeses provinciae minorem in integrum restituere potest, etiam contra suam, vel decessoris sui sententiam. quod enim appellatio interposita majoribus praestat, hoc beneficio aetatis consequuntur minores.“

Auf einen Vorzug der Minderjährigen im Falle der contumacia deutet auch folgende Stelle:

Hermogen. lib. 1. juris epitomarum L. 8. D. eod. „Minor *etiamsi* quasi contumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit.“

Daß hier von einem Falle die Rede ist, wo die contumacia Prozeßverlust zur Folge hat, dafür reden die Worte „quasi contumax condemnatus“, und ferner daß derselbe Hermogenian in demselben Werke die Regel aufstellt:

„Contumacia eorum, qui jus dicenti non obtemperant, litis damno coercetur (L. 53 p. D. de re jud. 42. 2.). —

Dieser Fall ist der, in dem vor Justinian das eigentliche eremodicium stattfindet, nemlich der oben als der erste unterschiedene [29]). Von diesem heißt es nun ferner bei

28) Vgl. unten.

29) Vgl. oben Not. 4 mit Not. 18.

Ulpian. lib. 11. ad ed. L. 7. §. 12. D. de minorib 4. 4. „Item et in eremodiciis ei (minori) subvenitur. Constat autem omnis aetatis hominibus restaurationem eremodicii praestari, si se doceant ex justa causa abfuisse.“

Mit dem zweiten Satze dieſer Stelle ſtimmt wieder Hermogenian a. a. O. überein, verb.

„Poenam contumacis (i. e. litis damnum) non patitur, quem adversa valetudo, vel majoris causae occupatio defendit“ (L. 53. §. 2. D. de re jud. 42. 1.);

und ebenfalls der Ausſpruch von Caracalla in

„L. 2. C. quib. ex caus. maj. 2. 54. verb. „Si idcirco *apud arbitrum* praesentium tui facere non potuisti, quod sub custodia militari jussu praesidis detinebaris . . . accipies causae instaurationem“;

der auf denſelben Fall des eigentlichen, Prozeßverluſt nach ſich ziehenden, eremodicium am natürlichſten bezogen wird, nemlich auf das gänzliche Ausbleiben bei dem arbiter datus nach vor dem Prätor vorgenommener Litisconteſtation.

§. 7.

In dem eben genannten Falle des litis damnum wird demnach auch den Großjährigen aus Gründen Reſtitution ertheilt. Eben daſſelbe gilt wenn er „absens et indefensus *condemnatus* iſt [30]). Es entſteht nun die Frage, ob auch dieſe Beſtimmung auf den Fall des eigentlichen eremodicium geht, oder auf einen Fall, wo nach der Sachlage entſchieden wird? Eine condemnatio des absens ſetzt voraus, daß er zur Zeit, als er noch im Gerichtsbezirke anweſend war, in jus vocirt worden und die Litisconteſtation förmlich vorgenommen hat, oder daß ihm eine denunciatio zur Zeit ſeiner Anweſenheit zugegangen und dieſe ſo wenig als das darauf erfolgte Edictsverfahren ſein Erſcheinen zur Folge gehabt

30) L. 1. C. quib. ex caus. majores 2. 54.

hat [31]). Ein indefensus in der eigentlichen Bedeutung kann er immer nur so lange seyn, als er nicht ad suscipiendum judicium erschienen ist [32]). Die Lage eines absens et indefensus ist demnach nicht auf den zuerst genannten Fall beschränkt, sondern findet auch in dem zweiten Statt, in dem das Marc-Aurelsche Verfahren eintritt und demnach beim Vorhandenseyn von Entschuldigungsgründen eine Appellation zur Hand genommen werden kann. — Man kann demnach nicht umhin, die fragliche Bestimmung auf beide Fälle zu beziehen. — Es ist indeß nicht außer Acht zu lassen, daß die Gesetze unter den zu restituirenden Personen drei Hauptclassen unterscheiden: minores, reipublicae causa absentes; und omnes qui potuerunt restitui in integrum [33]), daß sie die Classe der reipublicae absentes den minores an die Seite stellen und wo von prozessualischen Nachtheilen die Rede ist [34]), nur die Verschiedenheit bemerken, daß der minor selbst dann Restitution erlange, wenn er durch einen Procurator vertreten sey [35]), und daß den absentes reipublicae causa eben so wie den minores in Beziehung auf die Restitution ein Privilegium zugeschrieben wird [36]). — Jener absens et indefensus condemnatus ist aber ein solcher, welcher propter officium legationis ad principem absens war, und dem durch eine Constitution von Caracalla vom Jahre

---

31) Vgl. m. angef. Aufs. in Sells Jahrb. §. 11. — Denn ist noch nicht eines oder das andere geschehen, so kann es immer nur zur missio in bona kommmen.

32) Vgl. ebendas. §. 4. Denn mit dieser Handlung ist seine Defensionspflicht erfüllt.

33) L. 6. D. de J. J. R. 4. 1.

34) In anderen Fällen würde auch noch die Verschiedenheit in Betracht kommen, daß der Großjährige nicht wegen vereitelten Gewinnes restituirt wird.

35) L. 8. D. de J. J. R 4. 1.

36) L. 1. C. quib. ex caus. majores 2. 54. vgl. mit L. 42. D. de minor. cit.

213 der Reſtitutionsanſpruch zugeſchrieben wird, weil er dem **reipublicae causa abens** gleichſtehe [37]). Demnach kann man dieſe Stelle nicht auf andere **contumaces**, welche wegen vorhandener Entſchuldigungsgründe die Folgen der **contumacia** von ſich abwenden können, ausdehnen [38]). Ja man muß vielmehr behaupten, daß **minores** und und **reipublicae causa absentes**, ſowie die welche ihnen gleichſtehen, nie als eigentliche **contumaces** angeſehen worden [39]), wiewohl ein **eremodicium** allerdings von ihnen contrahirt werden konnte. Das am Anfange des §. 6. oben in Anſehung des zweiten Falles aufgeſtellte Reſultat wird alſo durch dieſe Vorſchriften über die Reſtitution nicht geändert.

Eben daſſelbe Reſultat muß denn auch für den Fall gelten, wenn nach dem **judicium susceptum** in Abweſenheit einer Parthei ein Erkenntniß gefällt wird, weil hier, abgeſehen von dem **minor** und **reipublicae causa absens** [40]), in Beziehung auf dieſe Parthei dieſelben Wirkungen eintreten, als ob ſie fortwährend thätig geblieben wäre. Allein da hier überall, auch in Anſehung des Beklagten, keine eigentliche **contumacia** eintritt, ſo kann der Abweſende zur Appellation greifen, ohne daß er ſeine Abweſenheit zu entſchuldigen braucht [41]). Dabei iſt in Anſehung des neueſten römiſchen Rechts zwar zu bedenken, daß Juſtinian auch nach der förm-

---

37) L. 1. C. cit.

38) Vgl. oben Not. 10. u. daſ. Cit.

39) Nur *quasi* contumax condemnatus kann der minor ſeyn. L. 8. D. cit. Wirkliche contumacia iſt mit dem Privilegium (vgl. oben Not. 36) nicht vereinbar. — Daher L. 54. D. de re jud. 41. 1. „Contra pupillum indefensum ... peremptorium nihil momenti habet.“

40) Daß hier jeder major ex justu causa leichter Reſtitution bekommen als ſonſt, meint zwar Hefftter Inſtit. S. 305 Not. 18 unter Berufung auf L. 7. §. 12. D. de minorib. 4. 4. Allein hier iſt von dem eigentlichen eremodicium die Rede.

41) Vgl oben Not. 5

lichen Litisconteſtation eine **contumacia** und ein **eremodicium** kennt, ſowohl in Anſehung des Klägers als des Beklagten [42]). Da indeß dieſe Ausdrücke hier nur das Verhältniß bezeichnen, in dem eine Parthei in Abweſenheit der andern die Fortſetzung des Prozeſſes erlangen kann, und der erſtere ſich daraus erklärt, daß daſſelbe eine Vorladung durch Edicte vorausſetzt [43]), der letztere daraus, daß daſſelbe in einem Stadium eintritt, welches der äußern Erſcheinung und Zahl der vorhergegangenen Handlungen nach dem gleich ſteht, in dem früher das eigentliche **eremodicium** contrahirt wurde [44]); ſo kann man aus ihnen eine Aenderung des frühern Rechts in Beziehung auf die Appellation nicht folgern.

§. 8.

Im heutigen Verfahren laſſen ſich dahingegen, abgeſehen von unſerer Regel, in Beziehung auf das Verfahren zwei Wirkungen der **contumacia** unterſcheiden, indem entweder der Beklagte von der Inſtanz entbunden, oder eine Parthei mit einer einzelnen Prozeßhandlung präcludirt wird [45]). Beide können nie ihren Grund in der Iniquität der Beurtheilung des ſtreitigen Verhältniſſes ſelber haben, und es kann von einer eigentlichen Appellation gegen Deciſiv-Decrete dabei gar keine Rede ſeyn. Betrachten wir nun dieſe zunächſt, ſo entſteht die Frage: inwiefern gegen ein Deciſiv-Decret, welches nach vorausgegangenen Präcluſionen einzelner Prozeßhandlungen erfolgt iſt, wegen Iniquität eine Appellation ſtatt-

---

42) L. 13. §. 2. 3.4. C. de judiciis 3. 1.

43) Dies wurde durch L. 13 C. cit. erſt eingeführt. Denn früher ergingen post susceptum judicium nur Admonitionen an den Ausbleibenden. Vgl. m. angef. Aufſ. in Sells Jahrb. §. 7. Not. 19.

44) Dieſe Handlungen ſind die Ladung und die förmliche Litisconteſtation. Allein in dieſer letzteren Handlung lag jetzt auch das judicium suscipere (vgl. oben Not. 4), und daher trat jetzt kein wahres, d. h. unbedingt Prozeßverluſt mit ſich führendes, eremodicium nach derſelben mehr ein. Vgl. oben Not. 18.

45) Vgl. z. B. v. Linde Lehrb. §. 230.

finden kann? oder vielmehr: inwiefern dieſelbe Entſchuldigungsgründe der **contumacia** zur Abwendung der Folgen, welche dieſe in Anſehung der Zuläſſigkeit der Appellation mit ſich führt, vorausſetzt? Sieht man auf die prozeſſualiſche Natur der Sache, ſo ſcheint eine Verſchiedenheit der Fälle hier als bedeutſam hervorzutreten, jenachdem nemlich die präcludirten Prozeßhandlungen in einer directen Beziehung zu dem Stoffe ſtehen, in Anſehung deſſen Beurtheilung ſich die Iniquität findet, oder nicht *). Nimmt man z. B. den Fall, daß der Beklagte, welcher mit der Replik präcludirt worden, ſich darüber beſchwert, daß ſeine in der Exceptionalhandlung gehörig ſubſtantiirte Einrede verworfen worden, ſo iſt in der That kein innerer Grund vorhanden, weshalb er mit dieſer Beſchwerde nur dann zugelaſſen werden ſoll, wenn er ſeine **contumacia** in Anſehung der Replik entſchuldigt! Anders ſtellt ſich ſchon die Sache, wenn er z. B. mit der Exceptionalhandlung präcludirt wurde, und er ſich darüber beſchwert, daß die Klage als begründet, oder daß der Grund derſelben als erwieſen angenommen worden (wo nemlich letzteres nicht Folge der **contumacia** iſt). Denn hier iſt er grade in Anſehung ſeiner Vertheidigung gegen den beſchwerenden Punkt präcludirt, und ſomit ein Moment vorhanden, welches es rechtfertigen kann, ihm den Rückgriff zu derſelben im Wege der Appellation nicht weiter zu geſtatten. — Sieht man dahingegen auf den hiſtoriſchen Urſprnng unſerer Regel, ſo kann man dieſer Verſchiedenheit als ſolcher hier ein entſcheidendes Gewicht nicht beilegen, weil ſie zu einer Zeit entſtand, wo ſich eine Trennung des Stoffes des Prozeſſes in Beziehung auf die Folgen der **contumacia** überall nicht vornehmen läßt.

*) So heißt es bei **Sieber** de contum. ante litem cont. effect. (Götting. 1757) §. 24: „Observandum tamen est, hanc contumaciae poenam ad eum tantum actum, quem reus omisit, cujusque causa contumax est, pertinere; adeoque, si spectes reliquas processus partes, omnino ejus appellationem audiendam esse, propterea quod in iis nullam commisit contumaciam.“

§. 9.

Im römiſchen Verfahren der jüngſten Zeit kann man eine objective Verſchiedenheit in Anſehung der **contumacia** nur in den Prozeßſtadien finden, und deren gibt es in der erſten Inſtanz nur zwei: das Stadium vor und bei der Litisconteſtation, und nach derſelben. Im erſten Stadium afficirt die Folge der **contumacia**, auch wenn ſie nicht zur Immiſſion führt, immer das ganze Verfahren bis zur Definitiv-Sentenz. Denn wurde eine Anfangs ungehorſame Parthei vor dieſer noch im Prozeſſe thätig, ſo mußte, da es an theilweiſen Präcluſionen in Anſehung des Stoffes des Streites fehlte, jetzt noch, als Bedingung der Theilnahme beider Partheien am Verfahren, die Litisconteſtation ſtattfinden und damit die Wirkung der **contumacia** überhaupt wegfallen. Trat dahingegen die **contumacia** im zweiten Stadium ein, ſo mußte beim Eintreten des Ungehorſamen dieſelbe Vernichtung jener Wirkung ſtattfinden, ſofern nicht einzelne Punkte durch Deciſiv-Decrete beſeitigt waren, ein Fall, der indeß ſchwerlich eingetreten ſeyn wird, ſoweit die Verhandlung mit nur einer der Partheien fortgeſchritten war. Die Wirkung der **contumacia** war alſo nie eine theilweiſe, d. h. ſie betraf nie einzelne Prozeßhandlungen [46]), ſondern jedenfalls immer den Inbegriff aller innerhalb der ſubſtanziellen Sphäre eines Deciſiv-Decretes liegenden Prozeßhandlungen; weshalb eine Anwendung unſerer Regel auf Deciſiv-Decrete über einzelne Punkte als eine theilweiſe Contumacial-Wirkung nicht angeſehen werden darf. Inſofern aber die Appellation von einem ſolchen Decrete (**ab articulo**), wie es im Juſtinianiſchen Rechte Regel iſt, ausgeſchloſſen war, ſo verlor unſere Regel damit auch ihre Anwendung auf ſie, und es fiel ſomit die Wirkung des Ungehorſams in dieſer Beziehung wiederum ganz hinweg. — In dieſem zweiten Stadium läßt ſich nun im heutigen Verfahren bei der Zerſtückelung des Stoffes in der

46) M. Erört. zu Linde S 509 Not 8. S. 522 Not. 29. 30.

Verhandlung, einestheils vermittelst der Verweisung der verschiedenen Bestandtheile desselben in bestimmte Termine, anderntheils durch die Absonderung je nach den verschiedenen Prozeßmitteln, denen er angehört, ein das ganze Verfahren als solches afficirender Ungehorsam nicht denken. Denn findet er auch in Ansehung sämmtlicher einzelnen Prozeßhandlungen Statt, so afficirt er sie doch immer als solche, nicht ihren Inbegriff als einheitliches Ganzes. Von der Anwendung unserer Regel kann also hier nicht weiter die Rede seyn, und es frägt sich demnach nur noch um den Ungehorsam im ersten Stadium.

§. 10.

Ein Decisiv-Decret im Falle des Ungehorsams im ersten Stadium kann, sofern damit besondere Einwirkungen auf das Verfahren als Ganzes verbunden seyn sollen, nur vorkommen, wenn der Beklagte ungehorsam ist. Denn der wesentliche Act, welcher hier von Seiten des Klägers vorzunehmen ist, besteht allein in der Aufstellung und Begründung seines Anspruchs, und so lange er nicht geschehen, hat noch gar kein Verfahren begonnen und es kann von einem Ungehorsam noch überall keine Rede seyn. Zwar kann der Beklagte, wenn die erste Vorladung und die Mittheilung des ConventionalLibells oder der Klage an ihn erfolgt ist, und der Kläger zu der vor Gericht vorzunehmenden Litiscontestation nicht erscheint, sowohl nach dem neuesten römischen Rechte als nach den Reichsgesetzen einseitig die Fortsetzung der Sache verlangen und so eine Decision herbeiführen [47]). Allein dann ist der Sache nach eine Litiscontestation, auch in der ältern Bedeutung des Wortes, hergestellt [48]); und der Ungehorsam

47) Nov. 112. c. 3. R. K. G. O. III. Tit. 42. §. 2.

48) Vgl. m. Aufs. in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. XI. S. 219 Not. 2. m. Erört. zu Linde S. 401. mit Hefftter Instit. S. 326. 327. System §. 350 S. 437. — Daß die ältere L. C. durch den J. R. A. ganz verbannt sey, meint z. B. Danz Grundsätze d. Reichsger. Proz. §. 224 S. 375.

des Klägers ſteht in der hier fraglichen Beziehung einem im zweiten Stadium eingetretenen Ungehorſame gleich. Uebrigens ſetzt auch die reichsgeſetzliche Beſtimmung voraus, daß der Kläger in einem der der Litisconteſtation vorhergehenden Termine erſchienen iſt [49]; und da nach dem J. R. A. §. 37. der Beklagte regelmäßig im erſten Termine ſich einzulaſſen hat, ſo kann der Fall nur noch eintreten, wenn entweder ſolche prozeßhindernde Einreden, welche auch eine eventuelle Einlaſſung überflüſſig machen, mit Hinweglaſſung derſelben ohne Erfolg vorgebracht ſind [50], oder wenn der Beklagte Friſterſtreckung zur Einlaſſung erhalten hat [51]; und im rein ſchriftlichen Verfahren, wo es nach Ueberreichung der Klage in Anſehung der Einlaſſung keiner weitern Thätigkeit des Klägers bedarf, tritt er überhaupt nicht mehr ein. — In Anſehung des Ungehorſams des Beklagten in dieſem Stadium aber kennen nicht allein das römiſche und canoniſche Recht, ſondern auch die früheren Reichsgeſetze in der Inmiſſion und der Acht Folgen, welche das ganze Verfahren afficiren. Noch ehe ſie hinwegfielen, beſtand aber neben ihnen, nach der Wahl des Klägers, ebenfalls die Fiction einer negativen Litisconteſtation mit Fortſetzung des Verfahrens, und es entſteht die fernere Frage, inwiefern ſie den Folgen der gedachten Art angehört.

§. 11.

Wäre unter dieſer Litisconteſtation eine verneinende Beantwortung der der Klage zum Grunde gelegten Thatſachen zu verſtehen, als welche man ſie heutzutage zu behandeln pflegt, ſo würde die aufgeworfene Frage unbedingt zu verneinen ſeyn. Allein zu der Zeit, als ſie, nemlich in der RKGO. von 1555,

49) K. G. O. a. a. O. „Wo aber der Kläger ein oder mehrmals in Rechten erſchienen und ſein Klag fürbracht und vor der Kriegsbefeſtigung ungehorſam ſeyn würd.“ ...

50) J. R. A. §. 37. 40.

51) Vgl. Danz a. a. O. §. 236. S. 390. Heffter Syſt. § 249. S. 436.

sanctionirt wurde, verstand man unter Litiscontestation von Seiten des Beklagten dessen allgemeine Erklärung, daß er den Anspruch des Klägers nicht anerkenne, sondern bestreite [52]) und eben damit auch eine generelle Befolgung der richterlichen Vorladung; sie war also durchaus verschieden von der Beantwortung jener Klagefacta, welche vielmehr eine besondere Beantwortung auf die vom Kläger darüber aufgestellten Artikel war, die im Ungehorsamsfalle als bejahend angenommen wurde. Es konnte, seitdem und wenn negative Litiscontestation fingirt wurde, immerhin der Fall eintreten, daß in Ansehung jener Litiscontestation Ungehorsam vorhanden war, in Ansehung dieser Beantwortung aber nicht. Jene Litiscontestation war ihrer angegebenen Bedeutung nach eine die Eröffnung des Prozesses als einheitliches Ganzes betreffender Art, und Ungehorsam in Ansehung derselben war Ungehorsam in Ansehung des ganzen Prozesses. Hier lag also ein Fall für die Anwendung unserer Regel vor. Allein wurde nicht eben durch die Fiction der Litiscontestation dieser Ungehorsam gänzlich hinfällig und wirkungslos? Denn es war ja nun, ungeachtet des Ungehorsams des Beklagten, dennoch lis contestirt. Insofern, als der Mangel der Litiscontestation ein Hinderniß für die Eröffnung und Fortsetzung des Prozesses war, stellte sich die Sache allerdings so. Allein auf die Anwendbarkeit unserer Regel kann dies keinen Einfluß haben. Denn diese Regel entstand grade für einen Fall, in dem ebenfalls ein durch Ungehorsam des Beklagten verursachter Mangel in der Litiscontestation, der Mangel der Vollendung derselben durch das judicium suscipere vor dem Juder, dem Prozesse kein Hinderniß bereitete, und wurde ferner in dem von Marc Aurel eingeführten Verfahren geltend, wo des gänzlichen Mangels der Litiscontestation des ungehorsamen Beklagten ungeachtet Prozeß in der Sache selber und Urtheil stattfand. Daß die Römer hier keine Litiscontestation fingir-

52) M. Erört. zu Linde S. 401 Not 12 u das. Cit.

ten, hat seinen Grund darin, daß sie eine solche Fiction zum Zwecke des Verfahrens nicht erforderlich hielten; wiewohl die Idee einer Constituirung der lis, aber ohne fingirte Thätigkeit des Beklagten, sich dabei erkennbar macht *). Und da diese Fiction keine andere Bedeutung hat, als die das Verfahren möglich zu machen, indem sie nur für diesen Zweck in den Gesetzen sich aufgestellt findet, so ist der Fall, wo sie eintritt, von jenen Fällen des römischen Verfahrens in Ansehung der Beschaffenheit des Ungehorsams durchaus nicht verschieden. Daß eine solche Litiscontestation seit dem J. R. A. nie mehr ausdrücklich vorgenommen wird, ändert übrigens nichts. Denn der gehorsame Beklagte nimmt sie stillschweigend in seiner Exceptionalhandlung vor [35]), und so wird sie bei dem ungehorsamen noch immer durch die Fiction ersetzt.

§. 12.

Muß man nun für den gedachten Fall die Anwendbarkeit unserer Regel an sich zugeben, so frägt es sich doch noch weiter, ob nicht die heutige Trennung des ersten und des Beweisverfahrens eine Modification herbeiführt, und welchen Einfluß etwa die spätere Thätigkeit des Beklagten auf dieselbe hat. — In der erstern Beziehung ist nun zu behaupten, daß der Ungehorsam bei der Litiscontestation nur auf das erste der Ordnung des Verfahrens nach ihr nachfolgende appellable Decisiv-Decret, und nur in so weit als es über diesem Decrete angehörige Punkte entscheidet, sich erstrecken kann. Denn wo im heutigen Verfahren ein solches Decret in erster Instanz erfolgt, ohne ein schließliches zu seyn, wie namentlich im ordentlichen Prozesse am Schlusse des ersten Verfahrens, da ist diese der Sache nach die Definit-Sentenz, wenn auch der Form nach erst das spätere Beweiserkenntniß ein definitives ist. Denn es entscheidet schon den ganzen Streit, wenn es nämlich

*) Aurel. Victor oben not. 6. cit. verb. „aperiendae (litis) . . . jus.“

35) Vgl. die Citate der Note 48.

richtig behandelt wird, wiewohl es dieſe Entſcheidung nur alternativ, aber unter normirten Bedingungen für den Ausfall der Alternative, aufſtellt [54]). Das nachfolgende Beweisverfahren ſtellt ſich ſo in dem Verhältniſſe zu dem erſten als ein beſonderer Nebenprozeß dar, der auch für die in dem Hauptprozeſſe ungehorſame Parthei in einem vollkommen unverſehrten Zuſtande beginnt; der aber kein Moment darbietet in Beziehung auf welches nach der Ausbildung unſers Prozeſſes ein Ungehorſam ſtattfinden könnte, welcher ihn als ein einheitliches Ganzes erfaßte. Wo aber ein Beweis-Interlocut vorkommen darf, da hat auch der Beklagte ein Recht auf dieſe Integrität des Beweisverfahrens, und ſind demnach Momente deſſelben durch Anticipation bereits in dem Beweis-Interlocute entſchieden, ſo muß ihm auch im Falle ſeines Ungehorſams bei der Litisconteſtation dagegen (abgeſehen von dem frühern Laufe der Friſten und von bereits eingetretenen Präcluſionen mit einzelnen Handlungen, z. B. des Abläugnens von Unterſchriften), ebenſo die Appellation geſtattet ſeyn, als wenn dieſelben erſt in dem ſchließlichen Erkenntniſſe nach beendigtem Beweisverfahren erledigt worden wären. — Eine ſpätere Thätigkeit des Beklagten nach jenem erſten Deciſiv-Decrete kann demnach auch auf die Folgen des Ungehorſams bei der Litisconteſtation keinen Einfluß haben. Eben daſſelbe gilt aber auch von einer ſpätern Thätigkeit des Beklagten vor demſelben, aber aus dem Grunde, weil, wenn man jene Litisconteſtation in ihrer richtigen Bedeutung auffaßt, eine ſpätere Thätigkeit in dieſem Stadium ohne Aufhebung aller Folgen des Unge-

54) Nemlich entweder Condemnation oder Abſolution, jenachdem Beweis geführt oder nicht. Die gewöhnliche Auffaſſungsweiſe iſt indeß die: daß das Beweis-Interlocut nicht die Definitiv-Sentenz ſey, ſondern nur Bedingungen für dieſelbe feſtſetze. Allein ſie beruht auf der äußern Erſcheinung, nicht auf dem Weſen der Sache, und gemeinrechtlich iſt die hier gegebene Bedeutung die richtige. Vgl. m. Erört. zu Linde S. 473.

horſams gar nicht möglich iſt. Denn der Ungehorſam in Anſehung dieſer Litisconteſtation iſt immer Verluſt der Einreden, und dies hat die Folge, daß auch die Replik und alle ferneren Verhandlungen dieſes Stadiums hinwegfallen. Dieſer Satz ſteht auch ganz unabhängig von der Controverſe, ob, wenn der Beklagte erſcheint und, ohne ſich über die Thatſachen der Klage zu erklären, blos peremtoriſche Einreden vorſchützt, er mit dieſen zugelaſſen werden könne [55]). Denn dadurch, daß er letztere vorbringt, iſt die, heutzutage immer nur ſtillſchweigende, Litisconteſtation der gedachten Art immer zur Genüge geſchehen, und überall kein Ungehorſam in Anſehung derſelben vorhanden [56]). Was übrigens jene Controverſe betrifft, ſo iſt die Anſicht die richtige, nach welcher in dieſem Falle die Einreden zuzulaſſen ſind, aber der Grund der Klage von dem Kläger zu erweiſen iſt; aber nicht deshalb, weil in contumaciam ein Läugnen deſſelben fingirt wird, ſondern deshalb, weil er nicht eingeſtanden iſt [57]). Das Reſultat iſt demnach: die Regel: contumax non appellat leidet nur dann Anwendung, wenn der Beklagte im Termin der Exceptionalhandlung in Beziehung auf die Hauptſache gänzlich unthätig iſt, und hat die Bedeutung, daß der Beklagte Beſchwerden über die Begründetheit der Klage, und in Proceduren, in denen es kein Beweisinterlocut gibt, auch Beſchwerden über die Bewieſenheit derſelben [58]) nur zur

55) Vgl. v. Linde Lehrb. §. 230 Not. 3 u, daſ. Cit.

56) Vgl. m. Erört. zu Linde S. 401. 402. Not. 16. u. oben Not. 48.

57) Ebendaſ. S. 517.

58) Nur bei einem Decrete super causa principali läßt die Regel gelten: de Lyncker de gravam. extrajud. c. 6. §. 16 n 7, wobei man denn das Daſeyn von Entſchuldigungsgründen fordern muß. Gensler Comm. (Ausg. von Morſtadt) I. S. 191 bezieht ſie auf Sententzen, die nur als Folge des Ungehorſams ausgeſprochen werden, wohin nur die Abſolution von der Inſtanz und die Präcluſionen gehören würden, fordert aber einen Ungehorſam in der Hauptſache, und citirt Stellen, welche von einer Entſcheidung über dieſe handeln. Nach Brunnemann in L. 1.

Cognition des Oberrichters bringen kann, wenn er Entschuldigungsgründe für seine contumacia beibringt. — Wo dahingegen der contumax schlechthin von der Appellation ausgeschlossen, da liegt der Grund dafür nicht in dieser positiven Regel, sondern in der Unmöglichkeit einer Beschwerde über Iniquität (unten §. 14).

§. 13.

Im römischen Verfahren eröffnete aber diese Appellation dem Beklagten selbst den Weg zur Benutzung von Defensionen und Exceptionen, sobald dieselben nur nicht auf selbständigen Rechtsverhältnissen gegründet wurden, wie Compensations- und Retentions-Ansprüche. Denn in diesem Umfange hat Justinian neues Vorbringen in der Appellations-Instanz auf das bestimmteste gestattet [59]), und zwar in vollkommener Uebereinstimmung mit den Grundsätzen, welche sich in seinen Vorschriften über die s. g. reformatio in pejus aussprechen. Denn nach ihnen ihnen ist, sobald einmal die Appellation zulässigerweise ergriffen, die unterrichterliche Sentenz in Ansehung des angefochtenen Theils derselben gänzlich hinweggeräumt [60]), und damit fehlt auch dem Verfahren der ersten Instanz der Schlußstein, welcher es zu einem beendigten Ganzen constituirt und weiteres Vorbringen ausschließt. Es geht

---

C quor. app. non recip. gilt die Regel nur bei der contumacia in non veniendo, nicht bei der cont.in non exhibendo oder non respondendo. Vgl. auch Mev. II. dec. 327. Als ein Beispiel der Anwendung derselben beim R. K. Gericht führt Lauterbach l. c. ein Decret vom 16. Nov. 1698 an. Von Sachsen: Carpzov. III. resp. 111. n. 1 et 11; jurispr. fer. I. c 20. def. 14; proc. tit. 18, c. 2. n. 29. Berlich. I. concl. 50. nr. 105. Von Würtemberg: Landrecht I. 58. §. Wenn einer ꝛc., welches jedoch in dem Edict über die Rechtspflege §. 158 verändert ist

59) L. 4. C. de tempor. app. 7. 63. . . . „novis etiam adversionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent“ etc.

60) Die Bestimmungen der L. 39. pr. C. de app. 7. 62 erlangen nur durch diese Ansicht eine innere Begründung.

als ein unvollendeter Anfang an den Oberrichter hinüber, an den sich die Verhandlungen der Appellations-Instanz als eine Ergänzung anschließen, und der appellirende Beklagte, welcher bei der Litiscontestation ungehorsam war, befindet sich in derselben Lage, als ob er in der ersten Instanz vor der Definitiv-Sentenz in Thätigkeit getreten wäre, so daß durch sein Auftreten auch die bisher mangelnde Litiscontestation ersetzt wird [61]). Dieser vollkommene Devolutiveffect [62]) tritt auch in den canonischen Bestimmungen noch entschieden hervor [63]). Die Beschwerde bahnt hier den Weg zur Erlangung einer Abänderung über den nicht beschwerenden Gehalt der angefochtenen Sentenz hinaus; was freilich auf den Fall beschränkt seyn sollte, wenn die angefochtene Sentenz wirklich beschwerend war, aber nach der Fassung der gesetzlichen Vorschriften keineswegs als so beschränkt angesehen werden kann [64]). Abgesehen nun davon, daß ein solcher Devolutionseffect keineswegs in der heutigen Doctrin, und noch weniger in der heutigen Praxis, anerkannt erscheint, so erleidet jenes s. g. **beneficium nondum deducta deducendi** und **nondum probata probandi** doch durch die in Folge des Ungehorsams des Beklagten im Termine der Litiscontestation eingetretene Präclusion der Einreden in Ansehung dieser die Beschränkung, daß es auf das s. g. **beneficium novorum** zurückgeführt wird, so daß solche nur unter Ableistung des **juramentum novorum** noch zugelassen werden können [65]). Diese Modifi-

61) Vgl. oben § 9. vor Not. 46.

63) Der alleinige nach v. Almendingen Metaphysik des Civilpr. S 40 ff.

63) Nemlich in denjenigen, welche dem Oberrichter auch nach der Erledigung der Beschwerden die fernere Cognition in der Sache gestatten: c. 1. de appellat. in VI, 2. 15. mit c. 59 61. x. eod. 2. 28. c. 5. in VI. eod.

64) Denn sowohl L. 6. C. de appell. 7. 62. als L. 4 C. cit. geben diese Befugniß unbedingt

65 Gegen die Zulässigkeit neuer Einreden: v. Almendingen a. a. O. S. 113.

cation ſetzt aber auch den Beklagten in der That ſchon in die Lage, daß er in Ermangelung der nova nur Hebung der wirklichen Beſchwerde, nicht aber eine darüber hinausgehende Abänderung, alſo kein Reſultat erlangen kann, welches, um in der erſten Inſtanz ſchon möglich geweſen zu ſeyn, eine Herbeibringung eines Stoffes von ſeiner Seite vorausgeſetzt hätte. Er erlangt alſo in dieſem Falle im Wege der Appellation nie mehr als dasjenige, worauf er auch ungeachtet ſeines Ungehorſams Anſpruch hatte; und man könnte darin einen Grund finden, ihm den Nachweis von Entſchuldigungsgründen zu erlaſſen [66]). Allein erwägt man, daß die Regel: **contumax non appellat**, im römiſchen Rechte bereits galt, ehe ſich die Befugniß zu neuem Vorbringen überall, oder in dem gedachten Umfange [67]), noch anerkannt findet; ſo kann man dieſem Grunde keinen Einfluß geſtatten, wenn auch jene Regel dadurch eine innere Rechtfertigung erhalten würde, daß man ihr die Tendenz unterlegte, den Ungehorſamen von ſolchem neuen Vorbringen auszuſchließen.

§. 14.

In allen anderen Fällen eines **in contumaciam** erfolgten richterlichen Ausſpruchs iſt dahingegen unſere Regel gänzlich unanwendbar, weil entweder derſelbe ungeachtet der Präcluſion einzelner Prozeßhandlungen auf einem Verfahren beruht, welches vermöge der geſchehenen Litisconteſtation in ſei-

66) Gönner Handb. III. S. 324—328; nach dem der Zweck der Regel darin beſteht, daß der Ungehorſame nicht zu bereits präcludirten Handlungen gelangen ſoll.

67) Zuerſt ſcheinen es Diocletian und Maximian in L. 6. C. cit geſtattet zu haben: „Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum, apud eum qui de appellatione cognoscit, persequatur.“ Neue Prozeßmittel zu benutzen, wie nach L. 4. C. cit., erſcheint aber hier noch nicht geſtattet; wohl aber Benutzung neuer Thatſachen zur Begründung und Bewahrheitung der in erſter Inſtanz gebrauchten Prozeßmittel; wodurch dann freilich eine Entſcheidung erlangt werden kann, die günſtiger iſt, als ſie es nach der Lage der Verhandlungen erſter Inſtanz bei fehlerloſer Beurtheilung ſeyn können.

nem einheitlichen Ganzen als ein contradictorisches erscheint, oder eine Beschwerde über Iniquität nicht möglich ist, weil kein Decisiv-Decret vorliegt, nemlich wenn der Ausspruch sich darauf beschränkt, **in contumaciam** von der Instanz zu entbinden oder eine einzelne Prozeßhandlung zu präcludiren. Zwar lassen diese letzteren Verfügungen noch der extrajudiciellen Appellation und der Appellation gegen Interlocute Raum. Allein auf diese kann man die fragliche Regel deshalb nicht anwenden, weil sie in ihrer heutigen Gestalt dem römischen Verfahren fremd sind, und das canonische Recht mit ausdrücklicher Beziehung auf das römische jene Regel so herübergenommen hat, wie es sie in diesem vorgefunden [68]). Ueberdieß würde aber auch, wenn der **contumax** seine Beschwerden darauf gründete, daß er ungeachtet der ihm zur Seite stehenden Entschuldigungsursachen contumacirt worden, nur gegen die Verweigerung der Abhülfe eine Appellation gerichtet werden können; da ja Appellationen dieser Art voraussetzen, daß dem **judex a quo** die Beschwerden zur Gewährung von Abhülfe namhaft gemacht werden [69]). Richtiger aber wäre eine solche Appellation ganz verwerflich, wenn nicht etwa schon vor der Verfügung die Entschuldigungsursachen zur Kognition des Unterrichters gebracht worden wären, weil ja dann diese Ursachen ein ganz neues Moment sind, welches erst jetzt zum erstenmal der richterlichen Cognition vorgelegt und noch überall von keiner richterlichen Verfügung berührt ist. Es würde also hier immer nur ein Restitutionsgesuch statthaft seyn. Die Regel: **contumax non appellat**, darf demnach zwar nicht schlechthin als geltend aufgestellt werden [70]), da sie einer der Beschaffenheit des heutigen Ver-

---

68) c. 6. C. 34. Q. 3. cit.

69) Z. B. v. Linde Lehrb. §. 412. 413.

70) Zuweilen stellt man sie in dem Sinne auf, wie oben Note 18 bemerkt worden (s. Claproth Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proz. II. §. 356. No. IX.), zuweilen fordert man beharrlichen (Danz Grundsf. des ordentl. Proz. § 426 Not. 6), zuweilen ge-

fahrens entsprechenden Modification bedarf. Irrig ist es aber, wenn man sagt: der contumax könne appelliren, wenn er sich auf Iniquität berufen könne und es noch eine Appellations-Instanz gebe, er möge Entschuldigungsgründe haben oder nicht [71]). Daß, wo keine Berufung auf Iniquität stattfinde, oder keine Appellations-Instanz vorhanden sey [72]), nur Restitution gegeben werde [73]), bedarf ferner der nähern Bestimmung, daß gegen eine nach der Sachlage gesprochene Sentenz nur den vorhin gedachten privilegirten Personen, die der Classe der minores und reipublicae causa absentes angehören, dieses Rechtsmittel gestattet ist [74]). — Uebrigens ist das Daseyn von Entschuldigungsgründen bei der Appellation des contumax Voraussetzung der Competenz des Oberrichters, und es kann daher nur ihm die Cognition darüber zustehen.

---

setzlich ausgesprochenen (v. Linde Lehrb. §. 566 Not. 11) Ungehorsam, damit die Appellation ausgeschlossen sey.

71) v. Linde Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln II. S. 415 ff. Dem Sinne nach stimmen damit überein: Movius P. III. decis 427. Gönner a. a. O. III. S. 324—228 Gensler a. a. O. Reinhardt Handb. II. §. 289. Würtemb Edict über die Rechtspflege §. 158.

72) In einem gewissen Sinne ist, wo ersteres nicht stattfindet, auch bei Decisiv-Decreten die letztere nicht vorhanden. Es soll aber wohl der zweite Satz den Fall bezeichnen, wo in letzter Instanz gesprochen worden.

73) v. Linde Handb. a. a. O.

74) Vgl. oben §. 5 und 7.